

آیین دادرسی کیفری:

بنیان ها، چالش ها و راهکارها

مجموعه مقالات همایش قانون آیین دادرسی کیفری:
بنیان ها، چالش ها و راهکارها - آذرماه ۱۳۹۴

مولفان (به ترتیب حروف الفبا):

محمدعلی اردبیلی، لمیاء رستمی تبریزی، محمدمهدی ساقیان، باقر شاملو،
علی صفاری، جواد طهماسبی، رجب گلدوست جویباری، حسین مهرپور،
علیرضا میرکمالی، حسین میرمحمدصادقی، علی حسین نجفی ابرندآبادی،

رحیم نوبهار، امیرحسن نیازپور

گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
با همکاری

انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه شهید بهشتی
کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی دانشگاه شهید بهشتی

ناشر: مولف

تابستان ۱۳۹۵

سرشناسه: همایش قانون آیین دادرسی کیفری: بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها (نخستین: ۱۳۹۴: تهران)
عنوان و نام پدیدآور: آیین دادرسی کیفری: بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها: مجموعه مقالات همایش قانون آیین دادرسی کیفری: بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها آذرماه - ۱۳۹۴/ مولفان (به ترتیب حروف الفبا) (محمدعلی اردبیلی... [و دیگران]؛ [برگزار کننده گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی]

مشخصات نشر: تهران: حسین میرمحمد صادقی، ۱۳۹۵.

مشخصات ظاهری: ۱۵۳ ص.

شابک: ۸۰۰۰۰ ریال 5-5880-04-600-978: وضعیت فهرست نویسی: فیبا

یادداشت: ناشر/ تالگان

یادداشت: مولفان محمدعلی اردبیلی، لمیاء رستمی تبریزی، محمد مهدی ساقیان، باقر شاملو، علی صفاری، جواد طهماسبی، رجب گلدوست جویباری، حسین مهرپور، علیرضا میرکمالی، حسین میرمحمدصادقی، علی حسین نجفی ایرندآبادی، رحیم نوبهار، امیر حسن نیازپور .
یادداشت: کتابنامه به صورت زیرنویس .

عنوان دیگر: مجموعه مقالات همایش قانون آیین دادرسی کیفری: بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها آذرماه - ۱۳۹۴ .

موضوع: آیین دادرسی جزایی -- ایران -- کنگره‌ها

موضوع: Criminal procedure -- Iran -- Congresses

شناسه افزوده: اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۲۶ -

شناسه افزوده: دانشگاه شهید بهشتی. دانشکده حقوق. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی

رده بندی کنگره: KMH/۴۶۱۰/۸۵/۱۳۹۴ رده بندی دیویی: ۵۵۰۸/۳۴۵ شماره کتابشناسی ملی: ۴۳۷۸۸۱۲

آیین دادرسی کیفری: بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها

مولف: جمعی از مولفان

ناشر: مولف

چاپ: معاونت فرهنگی، اجتماعی و دانشجویی دانشگاه شهید بهشتی

آماده سازی: نجوای قلم

حروف نگاری و صفحه آرایی: نجوای قلم

طراح جلد: مهدی کارچانی

چاپ نخست: تابستان ۱۳۹۵

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

قیمت: ۸۰۰۰۰ ریال

نشانی: تهران، ولنجک، میدان شهید شهریار، بلوار دانشجو، دانشگاه شهید بهشتی.

تحلیل گفتمان شورای نگهبان قانون اساسی در فرآیند تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

رحیم نوبهار^۱

۱. مقصود از «تحلیل گفتمان»^۲ واکاوی متن یا اظهارات کسی برای پی بردن به حساسیت‌ها و رویکردهای صاحب متن یا گفتار است. تحلیل گفتمان یکی از شاخه‌های دانش زبان‌شناسی است. در تحلیل گفتمان، پژوهشگر از تفسیر ساده متن فراتر می‌رود و می‌کوشد تا نه تنها معنای ظاهری یا ابتدایی متن که دغدغه‌ها، انگیزه‌ها و رویکردهای صاحب متن را هم دریابد. بخشی از این کار با تکیه بر موقعیت‌های گفتاری، اکتفانکردن به یک متن و توجه به متن‌های مرتبط با آن امکان‌پذیر است. یکی از اهداف تحلیل متن نشان‌دادن رابطه میان متن و باورهای گوینده یا نویسنده است. به‌ویژه روان‌شناسی گفتمانی^۳ نوعی از تحلیل گفتمان را توسعه داده است تا بتواند راه‌هایی که از آن طریق هویت‌های شخصی، اندیشه‌ها و احساس‌ها شکل می‌گیرند و از طریق تعامل اجتماعی انتقال می‌یابند را توضیح دهد و نقش این فرآیندها را در تغییرات اجتماعی و

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

2. Discourse Analysis.
3. Discursive psychology.

فرهنگی نشان دهد.^۱ در روان‌شناسی گفتمانی، افراد هم در مقام محصولات گفتمان و هم در مقام تولیدکنندگان گفتمان مورد توجه قرار می‌گیرند.^۲

۲. تا آنجا که به گفتمان شورای نگهبان بازمی‌گردد، اتفاق فرخنده‌ای که رخ داده این است که پس از سال‌ها درنگ و تأخیر، مشروح مذاکرات شورای نگهبان در حال انتشار است. اطلاع دارم که جناب آقای دکتر حسین مهرپور که سال‌ها عضو پرافتخار حقوقدان شورای نگهبان بودند و بسیاری دیگر از حقوق‌دانان اصرار داشته‌اند که مشروح مذاکرات، آرا یا دیدگاه‌های شورای نگهبان باید عمومی شود. این یک اصل مسلّم در حقوق امروزی است. اظهارات و دیدگاه‌های کسانی که درباره امر عمومی تصمیم می‌گیرند و اظهارنظر می‌کنند باید عمومی باشد. اصل عمومیت به این معنا یک اصل اسلامی است. به حکم اینکه مردم، ناظران نهاد حکومت و حتی صاحبان آن هستند باید به طور شفاف از دیدگاه‌های کسانی که درباره آنان و سرنوشتشان تصمیم می‌گیرند آگاه باشند تا آن‌ها را نقد کنند. ضمن اینکه دولت و حکومت شفاف که تصمیماتش را در معرض دید و شنود مردم قرار می‌دهد به طور طبیعی از بسیاری از مفاسد برکنار می‌ماند. افزون بر این‌ها این مذاکرات و جزئیات تصمیم‌های نهادی، چون شورای نگهبان بخشی از تاریخ و میراث یک ملت است، برای آیندگان می‌تواند آموزنده باشد.

خوشبختانه پژوهشکده شورای نگهبان، هم درمورد قانون آیین دادرسی کیفری و هم درمورد قانون مجازات اسلامی، اقدام مناسبی کرده و ملاحظات، اشکالات و دیدگاه‌های شورای نگهبان درباره متن اولیه این دو قانون را تدوین و منتشر کرده است. وجود این دیدگاه‌ها به طور رسمی امکان درک نظریات

1. Jorgensen, Marianne & Philips, Louise, *Discourse Analysis as Theory and Method*, Sage Publication, London, 2002, P. 6.

2. Ibid.

شورای نگهبان و از آن جمله تحلیل گفتمان حاکم بر این شورا درباره این قانون را فراهم می‌سازد. اکنون می‌توان با تکیه بر این مجموعه‌ها در پی پاسخ به این پرسش بود که دغدغه‌ها و حساسیت‌های شورای نگهبان چیست؟ شورای نگهبان در تزامن میان امنیت و آزادی، یا به تعبیری امنیت و حقوق شهروندی و آزادی‌های فردی بیشتر جانب کدام مقوله را می‌گیرد؟ نیز اینکه شورا با نهادهای نوپیدای عدالت کیفری چگونه تعامل می‌کند؟ آیا از آن‌ها استقبال می‌کند، یا از شناسایی آن‌ها به کلی می‌پرهیزد، یا به راهی میانه می‌رود؟ مشی و منش شورا در برداشت از متون دینی چیست؟ آیا رویکرد شکل-گرایی را پی می‌گیرد، یا به اهداف و مقاصد متون دینی هم چشم دارد؟ معیارهای شورا در سازگار قلمداد کردن مصوبات مجلس با موازین شرع یا ناسازگار شمردن آن‌ها چیست؟ تحلیل گفتمان شورای نگهبان در ابعاد گوناگون البته به فرصت زیادی نیاز دارد؛ اما در این نوشتار کوتاه به چند نکته که در عین حال به نظر مهم می‌رسند می‌پردازیم.

۱. نخست به نظر می‌رسد که گفتمان شورای نگهبان در تعامل با مجلس شورای اسلامی گفتمانی امری و دستوری است. این مطلب، بسیار مهم است. مرور ملاحظات شورای نگهبان بر مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی نشان می‌دهد که شورای محترم نگهبان در موارد بسیاری به مجلس شورای اسلامی دستور می‌دهد که باید چنین و چنان شود.^۱ به کارگرفتن این لحن و آهنگ در

۱. این موارد فراوان است. تنها برای نمونه ن.ک: قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان؛ به کوشش فهیم مصطفی‌زاده؛ تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۳، صص ۱۸۰، ۱۷۲، ۱۳۰. این گفتمان دستوری و امری البته به قانون مورد بحث ما یعنی قانون آیین دادرسی کیفری اختصاص ندارد. برابر گزارش منتشرشده توسط شورای نگهبان در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی و مباحث ماهوی هم همین گفتمان آشکارا به چشم می‌خورد. تنها برای نمونه ن.ک: قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان؛ ←

رفتار با مجلس با موقعیت و شأن قانونی شورای نگهبان مناسب نیست. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول متعددی -از جمله اصل ۴، ۷۲، ۹۱ و ۹۶- وظیفه شورای نگهبان را آشکارا مشخص کرده است. وظیفه شورا تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام و مبانی اسلامی و قانون اساسی است؛ اما اینکه شورای نگهبان به مجلس فرمان دهد که مصوبات چگونه باید باشد، تغییر شأن شورای نگهبان به قانونگذاری است؛ امری که به لحاظ قانونی در حدود صلاحیت شورای نگهبان نیست. برخی از مداخلات شورای نگهبان در مصوبات مجلس از این رو، تعجببرانگیز است؛ مثلاً در مصوبه اولیه مجلس آمده است که: اگر ضرورت تحقیقات اقتضا کند می‌توان برای ارتباط شخص متهم با خانواده‌اش محدودیت‌هایی قائل شد. شورای محترم نگهبان مجلس را این‌گونه هدایت کرده است که لازم نیست که ضرورت مربوط به «تحقیقات» باشد؛ بلکه ضرورت‌های دیگر هم می‌تواند موجب این محدودیت‌ها باشد.^۱ آیا مصوبه اولیه مجلس خلاف شرع بوده است که به شورا اجازه دهد این‌گونه به آن ورود کند؟ به‌ویژه اینکه لحن و آهنگ مصوبه اولیه حتی بیانگر حصر و انحصار هم نبوده است تا شورا نگران مخالفت آن با شرع از این جهت باشد. پس هرگاه مصوبه‌ای به خودی خود مخالف با شرع نباشد توصیه به کاستن از آن یا افزودن بر آن در قلمرو وظایف شورای نگهبان نیست.

نمونه دیگر مداخله شورای نگهبان در جهت‌دادن به مجلس شورای اسلامی برای تصویب امکان غیرعلنی برگزار کردن دادگاه رسیدگی‌کننده به جرم

→ تهیه و تنظیم: فهیم مصطفی‌زاده؛ پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، ص ۱۱۴، ذیل ماده ۳۴۹، ص ۱۲۸، ذیل ماده ۴۰۴، زمستان ۱۳۹۲.

۱. ن.ک: قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان؛ ص ۳۲.

سیاسی و مطبوعاتی است. توضیح اینکه اصل ۱۶۵ قانون اساسی برگزاری محاکمات را مطلقاً علنی دانسته است؛ جز اینکه علنی بودن دادگاه با عفت عمومی یا نظم عمومی منافات داشته باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین تقاضا کنند که رسیدگی غیرعلنی باشد؛ اما اصل ۱۶۸ رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی را مطلقاً علنی دانسته است. این به معنای آن است که در خصوص جرائم سیاسی و مطبوعاتی راه برای غیرعلنی بودن جلسه دادگاه گشوده نیست. مجلس شورای اسلامی هم همین مضمون را که عرفاً از این دو اصل برداشت می‌شود، مورد توجه قرار داده است؛ اما شورای نگهبان علنی بودن دادگاه را در مواردی که منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد خلاف موازین شرع شناخته است.^۱ بدین سان شورای نگهبان تجویز کرده است که در محاکمات سیاسی و مطبوعاتی هم دادگاه بتواند در صورت تنافی علنی بودن دادگاه با عفت و نظم عمومی، آن را غیرعلنی برگزار کند. امری که به نوبه خود می‌تواند دستاویز برگزاری محاکمات سیاسی و مطبوعاتی به طور غیرعلنی باشد. این در حالی است که این گونه محاکمات به نظارت افکار عمومی نیازمند است. دغدغه‌مند بودن نسبت به اخلاق و عفت عمومی البته شایسته تقدیر است؛ اما نباید از یاد برد که حساسیت نسبت به حقوق و آزادی‌های مردم و اهتمام به نظارت عمومی بر قدرت نیز به وجهی دیگر به دستیابی به جامعه‌ای اخلاقی کمک می‌کند. در حال حاضر در عمل به موجب ماده ۳۰۵ که به ماده ۳۵۲ ارجاع می‌دهد، محاکمات مطبوعاتی و سیاسی هم می‌تواند غیرعلنی برگزار شود.

۴. تأکید بی‌اندازه بر نص در گفتمان شورای نگهبان بسیار برجسته است، حتی اگر آن نص با اعتبارات و قضاوت‌های عقلایی روشن ناسازگار باشد. برای

۱. همان، ص ۱۱۳.

نمونه، امروزه عقلای عالم کیفر دادن دیوانه را روا نمی‌دانند. کسی که دیوانه می‌شود به‌طور طبیعی این احساس را در جامعه برمی‌انگیزد تا جامعه با تمام وجود برای رفع مشکل او اقدام کند؛ نه اینکه او را به دلیل جرمی که در حال سلامت روان مرتکب شده مجازات کنند. توجه به این مطالب و خواندن نصوص در پرتو این تحولات عقلایی از ضرورت‌هایی است که نه در نهاد قانونگذاری و نه در نهاد ناظر چنان که بایسته است به آن توجه نمی‌شود. گمان نمی‌رود هیچ‌یک از جوامع متمدن بشری در حال حاضر بپذیرند که فردی به وصف دیوانگی محاکمه شود. طبیعی است که مجلس شورای اسلامی هم در جریان تصویب قانون آیین دادرسی کیفری به این امر عقلایی توجه کند و جنون را مطلقاً از اسباب موقوفی تعقیب قلمداد کند؛ بی‌آنکه از این جهت میان حد و تعزیر تفاوتی بگذارد.^۱ شورای نگهبان اما با لحاظ نکردن این امر کاملاً عقلایی گفته است: اطلاق متوقف‌شدن تعقیب در مواردی که ثابت شود مرتکب در حال ارتکاب جرم عاقل بوده است، به نحوی که اگر در حال تعقیب و صدور حکم، عاقل هم بود نمی‌توانست از خود رفع اتهام کند، خلاف موازین شرع است. می‌بینیم که در این اظهارنظر دیوانه، همسنگ عاقل قلمداد شده است؛ امری که در عمل امکان‌پذیر نیست. خوشبختانه در اصلاحات اخیر سال ۹۴ این موضوع مقید شده و در تبصره ۲ ماده ۱۳ پیگیری تعقیب دیوانه به موارد حق‌الناس محدود شده است. شاید نظر شورای محترم نگهبان نیز بحث حق‌الناس بوده است؛ ولی برای حل این مشکل راه‌حل‌های دیگری نیز وجود

۱. همان، ص ۱۹، ذیل تبصره ۲ ماده ۱۳.

داشت که با تمسک به آن‌ها می‌توان مطلقاً به عدم ممنوعیت محاکمه دیوانه نظر داد.^۱

۵. نکته دیگری که نشانگر گفتمان شورای نگهبان است موضع این نهاد درباره جبران خسارت است. برابر یک اصل عقلایی که در سطح وسیع پذیرفته شده و به‌دشواری می‌توان نظر مخالفی برای آن تصور کرد، هرگاه کسی خسارتی به دیگری وارد کرد، باید آن را جبران کند. مجلس نیز این امر عقلایی را که به‌زعم شماری از فقها اسلامی است، تصویب کرده است؛ اما شورای نگهبان پرداخت خسارت‌های مازاد بر دیه را خلاف موازین شرع دانسته است. اگر نظریه‌ای در فقه به واقع مشهور باشد، یا مشهور تلقی شود، به معنای آن نیست که نظریه مقابل آن خلاف موازین شرع است. درست است که برابر قانون اساسی، مصوبات مجلس باید براساس مبانی اسلامی باشد؛ اما مبانی اسلامی لزوماً نه نظرات مشهور است و نه حتی منحصراً آرای فقیهی که بالفعل عهده‌دار رهبری است. همین گفته در مورد خسارت‌های معنوی هم که شورای نگهبان در موارد دیه و تعزیرات منصوص شرعی آن را خلاف شرع دانسته^۲ صادق است.

۶. ویژگی دیگر گفتمان شورای نگهبان، بی‌توجهی به ضرورت انعطاف قوانین و مقررات و اصرار بر سدّ باب تحولاتی است که اتفاقاً می‌توان به‌آسانی آن‌ها را مشروع قلمداد کرد. اصل در کیفر و مجازات بی‌ثباتی و تعیین و تناسب آن با خصوصیات جرم ارتكابی و لحاظ مصالح بیرونی است. حال اگرچه شورای

۱. برای ملاحظه تفصیلی بحثی درباره امکان صدور قرار موقوفی تعقیب در موارد عارض‌شدن جنون بر متهم ن. ک: نوبهار، رحیم؛ اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه؛ تهران: شهر دانش، صص ۱۸۵-۱۹۲، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۲. همان، ص ۲۰، ذیل تبصره ۲ ماده ۱۴.

نگهبان بر پایبندی به شناسایی احکام ویژه‌ای برای حدود اصرار دارد، بسیاری از فقیهان در عمل موارد تعزیرات منصوص را به تعزیر ملحق کرده و آن را مشمول احکام تعزیرات به وصف کلی دانسته‌اند. حتی بسیاری پایبندی به میزان تعزیر ذکرشده در این دست روایات را لازم ندانسته‌اند. به نظر برخی دیگر پایبندی به میزان مجازات ذکرشده در روایات تعزیرات منصوص لازم است؛ اما کمتر فقیهی این‌گونه تعزیرات را به حدود ملحق کرده است.^۱ در شورای نگهبان اما تمایلی به انقباض وجود دارد. بدین‌سان با حاشیه‌های متعددی که این شورا بر مصوبات مجلس درزمینه تعزیرات منصوص زده اکنون نهادی به قوانین کیفری ما راه یافته است با عنوان «تعزیرات منصوص» که حقیقتاً موجب سردرگمی است. مبحثی که حدود سی‌وچند سال پس از پیروزی انقلاب اسلامی در قوانین جمهوری اسلامی که تلاش می‌کند به موازین شرع پایبند باشد موجود نبود و مشکلی هم ایجاد نمی‌کرد.

شورای محترم نگهبان باید بهتر از فقیهانی که درگیر مشکلات اجرایی نیستند توجه کند که هرگاه روایتی کیفر معینی را به منزله تعزیر برای جرمی تعیین می‌کند اگر سخن امام (ع) قضاوت آن حضرت برای تعیین کیفر در همان مورد خاص نباشد؛ در هر حال چنین روایتی در مقام نفی جبران خسارت مازاد نیست. حتی باوجود شک در اینکه روایت از این جهت در مقام بیان است یا نه، نیز می‌توان بنا را بر عدم بیان گذاشت و در نتیجه روایت را از این جهت فاقد اطلاق دانست. بنابراین، دشوار است که مقدمات حکمت را

۱. برای نمونه آیت‌الله خویی برخلاف مشهور متقدمان و رویه متأخران نوعاً موارد تعزیر منصوص را به حدود ملحق کرده و شمارگان حدود را به شانزده رسانده‌اند. (ن.ک: موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخوئی، ج ۴۱، صص ۲۹۷، ۲۹۸ و ۳۸۴، چاپ سوم، ۱۴۲۸ ق. امری که هم برخلاف اصل و هم مغایر با مقتضای ظاهر ادله مربوط است.

نسبت به بیان چنین امری کامل دانست و به عدم جواز جبران خسارت نظر داد.

باری یکی از مشکلات روش‌شناسی موجود همین تمسک‌های بی‌اندازه به اطلاعات است که به انسداد و انقباض انجامیده است و اصولاً جدا از اینکه به گشایش یا انقباض بینجامد در هر حال احراز آن‌ها در اوج دشواری است. با چنین اطلاعات لرزانی نمی‌توان از بناهای عقلایی به‌آسانی چشم‌پوشی کرد. نمونه‌ای دیگر از همین دست این است که قانون آیین دادرسی کیفری مواد مفصلی را به مرخصی زندانیان -البته با احکام و ترتیبات ویژه‌ای- اختصاص داده است. بسیار طبیعی، معقول و حتی شرعی است که قانونگذار از این جهت میان حد و تعزیر تفاوت نگذارد؛ اما شورای محترم نگهبان به مصوبه اولیه مجلس ایراد کرده است که اگر زندانی، به علت ارتکاب جرم حدی زندانی شده باشد، نمی‌تواند مرخصی بگیرد.^۱ این اندازه رویکرد سخت‌گیرانه و در عین حال فاقد مبنای فقهی استوار هرگز به روزآمدی مقررات فقهی در هیچ حوزه‌ای کمک نمی‌کند. آیا به راستی ادله‌ای که کیفر سرقت در بار سوم را حبس ابد ذکر می‌کند در مقام بیان نفی مرخصی بوده است؟ آیا با توجه به عدم رواج نهاد مرخصی اساساً این قید در فضای صدور روایات برای شنوندگان قابل تصور بوده است تا گفتار معصوم (ع) ناظر به نفی آن‌ها باشد؟ به‌ویژه اگر ماهیت مطلق، لحاظ قیود و رفض آن‌ها باشد چنین قیدی در فضای مخاطبه قابل تصور نبوده تا نفی شود.^۲ اگر هم در این باره به دلیل شک در چیستی اطلاق

۱. اطلاق صدر ماده ۵۲۰ در خصوص اعطای مرخصی نسبت به مواردی که شخص شرعاً باید دائماً در زندان باشد خلاف موازین شرع شناخته شد. (قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، ص ۱۸۲).

۲. در واقع می‌توان گفت یکی از موارد عدم امکان تقیید، به‌مثابه یکی از مقدمات حکمت، فرضی است که قید در فضای مخاطبه قابل تصور نبوده است. با عدم تصور قید حتی برای مخاطب

یا خصوصیت ادله مربوط شکی باشد در هر حال شک را باید بر مبنای سهل‌بودن شریعت تفسیر و تعبیر کرد و مرخصی را از زندانی محکوم به جرم حدی دریغ نکرد؛ نه اینکه با نهایت شدت و سخت‌گیری فتوا داد. متأسفانه در موارد مشابه با پیش‌فرض گرفتن اطلاق و تمام‌بودن مقدمات حکمت باب هرگونه تحول و به ویژه راه‌یابی نهادهای نو پیدا به حدود بسته شده است. این امر، تجدیدنظر جدی شورای محترم نگهبان در مواجهه با مسائل را می‌طلبد. به هر روی محصول گفتمان شورای نگهبان در این باره در حال حاضر، تبصره ۶ ماده ۵۲۰ است که به موجب آن، مواردی که شخص باید به موجب مقررات شرعی به‌طور دائم در زندان باشد مشمول مقررات بهره‌مندی از مرخصی نخواهد شد.

۷. گاه شورای نگهبان مصوبه مجلس را که با بسیاری از فتاوی معتبر فقهی سازگار، اما با فتاوی برگزیده‌شده در تحریرالوسیله امام خمینی ناسازگار است خلاف شرع قلمداد می‌کند و مجلس شورای اسلامی را با لحن و آهنگ امری ارجاع می‌دهد که به «تحریرالوسیله» امام خمینی مراجعه کند؛^۱ بی‌آنکه حتی به مخالفت آن با شرع، که بیان آن وظیفه اصلی شورای نگهبان است، پردازد. تحریرالوسیله با آنکه متن ارزشمندی است عصاره تمام فقه و فقهات شیعی نیست. بگذریم که اگر امام خمینی -رحمه الله- در فضای پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در محیط اجرای حدود و مجازات‌ها و اجرای قضای اسلامی تحریرالوسیله را می‌نگاشت چه بسا بسیاری از مسائل به‌گونه‌ای دیگر نگارش

به‌تنهایی، شرط امکان تقیید که از شروط تمسک به اطلاق است مخدوش می‌شود و بنابراین کلام اطلاقی ندارد تا برای توسعه حکم بتوان به آن استناد کرد.

۱. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان؛ تنظیم فهیم مصطفی‌زاده؛ ص ۱۸۳. مواردی از این دست در قانون مجازات اسلامی هم فراوان است.

می‌یافت. ایشان حتی در مواردی که به فتاوی فقہی نیاز بود دستگاه‌های حکومتی را به فقیهان دیگر ارجاع می‌داد. به‌ویژه با لحاظ اینکه فقہ شیعی تجربه گسترده‌ای در اجرای عملی مقررات جزایی و احکام و مقررات قضایی نداشته است در بسیاری موارد چه‌بسا نیاز پیدا شود که به فتوایی عمل شود که با مبانی شرع سازگار است؛ اما ضرورتاً فتوای برگزیده مرحوم امام خمینی در تحریرالوسیله یا فتوای مشهور نباشد.

۸. امروزه، به مجازات به اعتباری به‌مثابه حق بزهکار هم توجه می‌شود و در اعمال مجازات و به‌ویژه کیفیت اعمال و اجرای آن‌ها گاه به خواست و انتخاب بزهکار هم توجه می‌شود. این دیدگاه، مبانی خاص خود را دارد. بر پایه همین دیدگاه در مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی درباره جرائم مشمول نظام نیمه آزادی، اشتغال به کار در زندان منوط به شرایطی از جمله درخواست محکوم است. شورای نگهبان اما در پرتو نگاه سنتی که به مجازات در همه شکل‌های آن دارد و مجازات را حکمی الزامی می‌داند که دولت آن را یک‌طرفه و بدون لحاظ رضایت و خواست محکوم اجرا می‌کند این اندازه اختیار را برای محکوم برنتابیده و در قالب جمله‌ای امری مجلس را فرمان داده است که: این ماده باید اصلاح شود.^۱ گمان نمی‌رود اعطای چنین اختیاری به محکوم در مجازاتی که جنس آن حد نیست و باب اختیارات در آن گسترده است، با موازین شرع اقدس ناسزاوار باشد. قانونگذاران نظر به لزوم حفظ حرمت و کرامت محکومان و زندانیان به آنان در دایره‌های کوچکی از اختیار، حق انتخاب برخی گزینه‌ها را می‌دهند. به‌علاوه بسیاری از تمهیدات درمورد چندوچون اجرای کیفر زمانی کارآمد است که محکوم داوطلبانه پذیرای آن باشد. مثلاً الزام افراد به آموزش

۱. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان؛ به کوشش فهیم مصطفی‌زاده؛ ص ۱۹۴.

حرفه که یکی از اهداف نظام نیمه آزادی است، زمانی که محکوم تمایلی به فراگرفتن حرفه ندارد موفقیت‌آمیز نخواهد بود.

۹. انصاف ایجاب می‌کند که بگوییم در مواردی مداخلات شورای نگهبان در فرآیند تصویب قانون آیین دادرسی کیفری بهنگام و در راستای حمایت از حقوق و آزادی‌های افراد بوده است. گاه شورای نگهبان نسبت به مصوبات مجلس دقت‌های خوبی دارد که در راستای حفظ حقوق و آزادی‌های مردم است؛ همان چیزی که از فلسفه‌های اصلی پیش‌بینی این نهاد است. مثلاً شورای نگهبان در اظهارنظرهای خود راجع به کاهش دامنه بازداشت موقت به درستی حساسیت به خرج داده و تلاش کرده دامنه آن را محدود کند.^۱ این دقت نظر در مواردی دیگر هم مشهود است؛ مانند مخالفت با حبس محکومی که محکوم‌له تقاضای اجرای کیفر درباره او را نکرده و در نتیجه امکان آزادی او وجود دارد، یا مخالفت با اخذ تأمین از محکومی که استحقاق آزادی را دارد.^۲ نیز دقت شورای نگهبان در ارتقای شرایط کیفی ضابطان و پیش‌بینی شرط وثاقت و اطمینان آن‌گونه که اکنون در ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری منعکس شده است،^۳ بجا به نظر می‌رسد.^۴ مخالفت شورای نگهبان با تعیین ضابط به‌موجب مصوبه شورای عالی امنیت ملی^۵ نیز در راستای انسجام و یکپارچگی نظام عدالت قابل ارزیابی است.

مورد دیگر توجه به حریم خصوصی بزه‌دیدگان است. برای نمونه، در مصوبه اولیه مجلس آمده است که ضابطان باید به حریم خصوصی بزه‌دیدگان احترام

۱. همان، صص ۹۲ و ۵۴۱.

۲. همان، ص ۱۹۱، ذیل ماده ۵۴۱.

۳. همان، ص ۲۶، ذیل ماده ۳۰.

۴. همان، ص ۲۶، ذیل ماده ۳۰.

۵. ن.ک: همان، ص ۲۵ ذیل ماده ۲۹ ناظر به تعیین ضابطان دادگستری.

بگذارند. شورای نگهبان به درستی تأکید کرده است که به حریم خصوصی دیگر اشخاصی هم که پای آنان در پرونده در میان است، باید احترام گذاشته شود.^۱ همچنین شورای نگهبان الزام شاکی به ارائه سابقه کیفری خود را خلاف موازین شرع دانسته است.^۲ احتمالاً دغدغه شورا این است که این الزام نیز در عمل به نقض حریم خصوصی افراد می‌انجامد. شاید هم آنچه بیشتر در ذهن شورا بوده مسئله ممنوعیت اشاعه فحشا باشد.

در جایی دیگر مصوبه اولیه مجلس به‌طور مطلق احضار فرد مطلع یا شاهد را تجویز کرده است؛ اما شورای نگهبان یادآور شده است که احضار مطلع یا شاهد تنها در فرض ضرورت مجاز است. همین دیدگاه اکنون در ماده ۳۲۰ انعکاس یافته و جلب مطلع یا شاهد در صورت وجود ضرورت حضور امکان‌پذیر است.^۳ بنیاد فقهی این قید به اصل عدم ولایت دولت بر اشخاص برمی‌گردد. مسلماً باید ضرورتی برای حضور مطلع یا شاهد وجود داشته باشد تا بتوان آن‌ها را احضار کرد؛ چه به مقتضای «قاعده سلطه» مردم اختیار جان و تن خویش را دارند و جز گاهی که به دلیل استوار ثابت شود کسی بر دیگری ولایت ندارد. دولت و حاکمیت هم مشمول «اصل عدم ولایت کسی بر دیگری» است و شهروندان را به‌گزارف نمی‌توان به انجام فعل یا ترک فعل الزام کرد.

به این ترتیب شورای نگهبان گاه به مسائلی که جلوه حق‌الناس است توجه مناسبی کرده است. برابر مصوبه اولیه مجلس هرگاه مصلحت طفل اقتضا کند ممکن است تمام یا قسمتی از دادرسی در غیاب او به عمل آید؛ ولی رأی

۱. همان، ص ۴۹/ همچنین برای ملاحظه حساسیت مناسب شورا به جنبه‌هایی از حریم خصوصی متهم ن.ک: ص ۷۶ در ارتباط با مفاد ماده ۱۹۳.

۲. همان، ص ۳۷.

۳. همان، صص ۵۶ و ۱۱۹.

دادگاه در هر صورت حضوری محسوب می‌شود. شورای نگهبان در خصوص حضوری قلمداد کردن چنین رأیی یادآور شده است که هرگاه بالغ شرعی در تمام دادرسی حضور نداشته باشد اشکال دارد.^۱

۱۰. در مجموع به‌رغم توجه شورای نگهبان به این‌گونه موارد آنچه از تحلیل گفتمان شورای نگهبان به‌دست می‌آید اینکه گاه شورای نگهبان با مجلس شورای اسلامی گفتمان مقتدرانه‌ای دارد. در اینکه شورای نگهبان برابر وظایف قانونی‌اش می‌تواند درباره مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین شرع و قانون اساسی اظهار نظر کند تردید نیست؛ اما شورای نگهبان هم‌زمان باید از قانونگذاری و حتی مواردی که شائبه این امر را دارد پرهیزد و در این‌باره از گفتمان قانونگذاری پرهیزد و به بیان ناسازگاری موارد مغایر با شرع و یا قانون اساسی بسنده کند. در واری مصوبات مجلس با موازین شرع، شورا باید به کل فقه شیعی به مثابه یک میراث کهن بنگرد و فتاوی و راه‌حل‌های روزآمد را از میان فتاوی معتبر برگزیند و خود را به چند منبع معین فقهی محدود نکند. ارجاعات فراوان شورای نگهبان در فرآیند تصویب قوانین مختلف به کتاب تحریرالوسیله به این نگرانی دامن می‌زند که شورای نگهبان کل میراث فقه شیعی را به این کتاب که به‌نوبه‌خود ارزشمند است فرو کاسته است. تلاش برای پرهیز از تحدید ناروای انواع حقوق و آزادی‌های مردم از رسالت‌های اصلی این شورا است. پیشنهاد شورا به نهاد قانونگذاری برای توسعه دامنه تحدید حقوق و آزادی‌های افراد نه جزء وظایف شورای نگهبان است و نه با رسالت بنیادین این نهاد سازگاری دارد. به همین ترتیب، مقاومت در برابر نهادها و مفاهیم نوپیدا صرفاً با تکیه بر اطلاعاتی که مقدمات حکمت درمورد آن‌ها ناتمام یا مشکوک است، درست نیست. به‌ویژه اگر در مورد بحث، این

۱. همان، ص ۱۴۲، ذیل ماده ۴۱۴.

احتمال هم قویاً وجود داشته باشد که بنای عقلایی مقید اطلاق ادله موجود باشد.

باری برخورداری از جامعه‌ای امن و باثبات بدون شناسایی و تضمین مناسب حقوق و آزادی‌های شهروندان ناممکن است. شورای نگهبان می‌تواند و باید در برابر تحدید حقوق و آزادی‌های مردم به‌مثابه حق‌الناس حساسیت بیشتری نشان دهد. احترام به حق‌الناس به حق‌های خصوصی و حریم مسائل جنسی افراد محدود نیستند. حق‌های مرتبط با حوزه عمومی چه‌بسا از حق‌های حریم خصوصی بااهمیت‌ترند. تقدم حق‌الناس بر حق‌الله باید در یکایک تصمیمات شورای نگهبان نمود یابد و مخاطبان آرا و نظریات شورا آن را حس کنند.

منابع

- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان؛ تهیه و تنظیم: فهیم مصطفی زاده؛ تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان؛ تهیه و تنظیم: فهیم مصطفی زاده؛ پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، زمستان ۱۳۹۲.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ مبانی تکمله المنهاج؛ ج ۴۱، قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخوئی، چاپ سوم، ۱۴۲۸ ق.
- نوبهار، رحیم؛ اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه؛ تهران: شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۴.

- Jorgensen, Marianne & Philips, Louise, Discourse Analysis as Theory and Method, Sage Publication, London, 2002, P. 6.